WELCHES IST DIE BEDEUTUNG DER FORM IN DEN VERMÖGENSRECHTLICHEN GESCHÄFTEN NACH GEMEINEM RECHT?

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

BEI DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ERLANGEN

VON

OSCAR REINING,
GERICHTS-REFERENDAR.

LEIPZIG,
DRUCK VON ALEXANDER EDELMANN,
UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER.

SEINEM LIEBEN GROSSVATER

IN DANKBARKEIT GEWIDMET

VOM

VERFASSER.

Disposition.

Einleitung.

Was versteht man unter der Bezeichnung „Gemeines Recht"?

Abhandlung.

I. Abschnitt: Begriffsbestimmung.

1. Das Rechtsgeschäft.
   a) Das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung.
   b) Das vermögensrechtliche Geschäft.
   c) Es giebt kein Rechtsgeschäft ohne Form.
   d) Verhältnis der Entstehung von Form und Inhalt.
2. Der besondere Begriff der Form beim Rechtsgeschäft.
   Unterschied zwischen formellem und formlosem Rechtsgeschäft.

II. Abschnitt: Die vom Gesetz bestimmte Form.

I. Kapitel: Die verschiedenen Arten der gesetzlich bestimmten Formen.
   Letztere sind vorgeschrieben:
   a) Zur Begründung des Rechtsgeschäftes,
   b) des Beweises oder ähnlicher Vorteile wegen.

II. Kapitel: Die Bedeutung der gesetzlichen Formen im Allgemeinen.
   A. Die Geschichte zeigt, dass sich im Rechtsleben eines jeden Volkes Formen finden.
   B. Die Vorzüge der Form:
      a) Sie weckt das juristische Bewusstsein.
      b) Sie ist das Zeichen der Vollendung des Geschäftes; sie zeigt den juristischen Charakter desselben.
      c) Sie sichert den Beweis über Existenz und Inhalt des Geschäftes.
      d) Sie hindert rechtswidrige Einflüsse.
   C. Die Nachteile der Form:
      a) Sie bringt die Gefahr des Formfehlers mit sich.
      b) Sie hindert den Verkehr und ist demselben lästig und unbequem.
   D. Erfordernisse des Vorvertrages bei den Rechtsgeschäften, und zwar
      a) bei denjenigen, wo die Form Voraussetzung der Gültigkeit des Geschäftes ist,
      b) bei denjenigen, wo die Form einen anderen Zweck hat.

III. Kapitel: Die Bedeutung der einzelnen Formen, besonders bei den einzelnen Rechtsgeschäften.
A. Die gerichtliche Form.
I. Erklärung der Form.
Die gerichtliche Mitwirkung ist:
a) rein formell, oder
b) auch von materiell rechtlicher Bedeutung.
II. Die Bedeutung der gerichtlichen Form
1. beim Testament.
a) Entwicklung der Form bei demselben.
b) Vorzüge der Form beim Testament (neben den allgemeinen Vorzügen der Form):
α) Sie erzeugt öffentlichen Glauben.
β) Sie garantirt sichere Aufbewahrung des Testamentes.
γ) Sie schützt vor Formfehlern.
c) Was bewirkt die Zurücknahme aus dem gerichtlichen Gewahrsam?
d) das Resultat.
2. Bei der Schenkung.
a) Geschichtliche Entwicklung und Erklärung der Form bei derselben.
b) Die Form hat (neben den allgemeinen Vorzügen der Form) den Vorzug der Oeffentlichkeit.
c) Rechtfertigung gegen den Vorwurf der Ungerechtigkeit der Form.
d) Folgen der Nichtbeachtung der Form.
e) Resultat.
3. Bei der Intercession der Frauen.
a) Geschichtliche Entwicklung der Form bei derselben.
b) Besonderer Vorteil: Die Oeffentlichkeit.
c) Besonderer Nachteil: Die Zurücksetzung der Frau.
4. Bei der Veräusserung von Mündelgütern.
B. Die schriftliche Form.
I. Die Form als solche.
1. Geschichtliche Entwicklung derselben.
2. Allgemeine Erklärung derselben.
3. Besonderer Vorteil derselben. Die Möglichkeit der Geheimhaltung des Geschäfts-Inhaltes.
4. Besondere Nachteile:
a) Ungenauigkeit der Urkunde;
b) Möglichkeit des Betrugs.
II. Die Form bei den einzelnen Geschäften.
1. Beim Privat-Testament.
2. Bei den Order- und Inhaber-Papieren (den sog. Skriptur-Obligationen).

a) Kurze Erklärung des Charakters derselben.
b) Die schriftliche Form hat für die Skriptur-Obligationen eine dreifache Bedeutung.
α) Sie hat die sog. Genital-Funktion.
β) Sie hat die sog. Vital-Funktion.
γ) Sie hat die sog. Final-Funktion.
C. Die notarielle Form. Die Zuziehung von Zeugen; insbesondere beim mündlichen Privat-Testament.
D. Die Tradition.
I. Geschichtliche Entwicklung dieser Form.
II. Die Tradition, die Form des Veräusserungs-Geschäftes.
III. Wie verhält sich das constitutum possessorium zur Tradition?
IV. Die Bedeutung der Tradition.
1. Als Form des Veräusserungs-Vertrags über Mobilien.
a) Vorteile der Traditionsform.
b) Nachteile derselben.
c) Resultat.
2) Als Form des Veräusserungs-Vertrags über Immobilien. Die Bedeutung der Tradition ist hier gering; wegen seiner hohen Bedeutung schliesse ich hier eine kurze Erörterung des particularrechtlichen Institutes der Auflassung an.
E. Die Auflassung als Form des Veräusserungs-Vertrages bei Immobilien.
Vorteile dieser Form sind:
1. Publicität des Eigentums;
2. Schutz vor Täuschung;
3. Schutz vor Formfehlern;
4. Sicherung Dritter;
5. Sog. Dublicität des Eigentums ist ausgeschlossen.
III. Abschnitt: Die von den Parteien vereinbarte Form.
1. Sie kann die Bedeutung haben, dass sie Voraussetzung der Gültigkeit des Geschäftes ist.
2. Sie kann die Bedeutung eines Beweismittels haben.
3. Welche Bedeutung hat sie, wenn der Parteiwille zweifelhaft ist?
Schluss.

Einleitung.

Zwei Quellen sind es, denen das Gemeine Recht entspringt, eine römische und eine deutsche. Diese Verschiedenheit des Ursprunges hat die Theorie zu einer getrennten Behandlung jener beiden Grundlagen geführt; man unterscheidet heutiges römisches Recht und deutsches Recht. Mag die Theorie immerhin zu einer solchen Scheidung berechtigt sein, im praktischen Leben ist sie unmöglich. Hier stehen jene beiden Rechte in innigster Wechselbeziehung; sie verschmelzen ineinander. Das Ergebnis dieser Verbindung ist das Gemeine Recht, und dieses bildet den Rahmen unserer Abhandlung. (cf. Bruns a. a. O. S. 1).

Abhandlung.

I. Abschnitt.

Begriffsbestimmung.

§. 1.

Diejenigen Ereignisse, welche auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen einwirken, heissen juristische Thatsachen. Diese zerfallen in Handlungen der Beteiligten d. h. derjenigen, um deren Rechte es sich handelt, und in zufällige Umstände, die vom Willen des Menschen unabhängig sind. Diejenigen Handlungen einer Person nun, die unmittelbar auf eine Einwirkung auf ihre Rechtsverhältnisse gerichtet sind, nennt man Willenserklärungen, und eben diese Willenserklärungen sind Rechtsgeschäfte. Der Unterschied von den Delikten, die doch auch

Handlungen sind, ist der: Beim Delikt knüpft das objektive Recht die Rechtsfolge gegen den Willen des Handelnden an seine Handlung an, beim Rechtsgeschäft hingegen entspricht die rechtliche Wirkung dem Willen des Handelnden. Es ergibt sich: Rechtsgeschäfte sind diejenigen Willenserklärungen, durch die der Mensch sich seine subjektiven Rechte gestaltet, indem das objektive Recht seine Wirkungen dem Willen des Menschen entsprechend eintreten lässt. (cf. Zitelmann a. a. O. S. 229 fg.)

§. 2.

Unter den Rechtsgeschäften sind es nun die vermögensrechtlichen, die für diese Abhandlung in Betracht kommen.

Die gesammten Rechtsgeschäfte zerfallen in personenrechtliche und vermögensrechtliche. Erstere dienen der Gestaltung der privatrechtlichen Verhältnisse einer Person, abgesehen vom Vermögen; letztere sind solche, die einen Vermögensgegenstand zum Objekte haben, die der Gestaltung der Vermögens-Verhältnisse dienen. Nicht allein auf dem Gebiete des sogenannten Vermögensrechtes, auch auf dem Gebiete des Erbrechts, des Familienrechtes giebt es solche Geschäfte; ihre Zahl ist im Vergleich zu den personalrechtlichen Geschäften weitaus die grösste.

§. 3.

Bei jeder Erscheinung unserer Welt lassen sich zwei Elemente unterscheiden: das geistige und das körperliche. Nur durch die abstrahirende Thätigkeit des menschlichen Geistes ist diese Unterscheidung entstanden, in Wahrheit ist gar kein Unterschied vorhanden. Die körperliche Seite eines Dinges ist das Ding in seiner sinnlichen Wahrnehmbarkeit, die geistige Seite ist die subjektive Vorstellung, die der abstrahirende Verstand sich von dem Dinge macht. (cf. v. Völderndorff a. a. O. S. 9).

Beide sind innig verbunden, in der Realität untrennbar. Beim Rechtsgeschäft ist es genau so: Das objektive oder körperliche Moment desselben ist seine Form, das subjektive oder geistige Moment sein Inhalt. (cf. Jhering a. a. O. Bd. II S.

472). Ebensowenig wie der Inhalt einer Willenserklärung ohne Form d. h. ohne ein Mittel, durch das sie erkennbar an die Aussenwelt tritt, in der Realität vorhanden ist, so ist es auch umgekehrt. Weshalb? Weil die Unterscheidung zwischen Form und Inhalt nur ein Produkt der abstrahirenden Vorstellung ist, eine Unterscheidung, die der realen Basis entbehrt. Das subjektive Element, der Inhalt des Rechtsgeschäftes, ist die Absicht, das objektive Element, die Form, ist die Erklärung dieser Absicht; man könnte sagen: Die Form ist das Gewand, in dem der Inhalt an die Aussenwelt tritt. Da nun der Inhalt ohne Form gar nicht vorhanden ist, — denn die Form ist doch nur das Mittel, um den Inhalt erkennbar zu machen —, so ist ein Rechtsgeschäft ohne Form undenkbar.

Man ist leicht geneigt zu glauben, der Inhalt d. h. der Wille bilde sich in der Seele des Menschen voll und ganz, und dieses fertige Produkt benutze die Form, um an die Aussenwelt zu treten. In Wahrheit aber steht es so: der Wille ist zwar, auch ohne erklärt zu sein, in der Seele des Menschen vorhanden, aber nicht als fertiges Produkt. Ein solches wird er erst durch die Erklärung, durch diese wird der Wille perfekt. Der unerklärte Wille ist dem objektiven Rechte fremd und gleichgültig, er kann sich jeden Augenblick ändern, er ist unvollendet. Mit dem Augenblicke der Erklärung wird er zur Thatsache, die nicht ungeschehen gemacht werden kann; der Wille ist vollendet, ein erkennbares Objekt der Aussenwelt und darum rechtlich bedeutsam. (v. Völderndorff a. a. O. S. 13 fg.)

§. 4.

Wir haben oben gezeigt, dass ein Rechtsgeschäft ohne Form undenkbar ist. Dennoch spricht die Rechtswissenschaft von formlosen Rechtsgeschäften. Dieser scheinbare Widerspruch erklärt sich aus der besonderen, engeren Bedeutung, die dem Ausdruck „formelles Rechtsgeschäft“ beigelegt wird.

Das objektive Recht nämlich, der Wille der Gesammtheit, hat die Macht, der Freiheit des Einzelnen bestimmte Schranken zu setzen, also auch der Freiheit in der Wahl der Art der Willenserklärung. Macht es von dieser Befugnis Gebrauch,

beschränkt es die freie Wahl, und schreibt es eine ganz bestimmte Form für ein Rechtsgeschäft vor, so heisst dieses ein formelles Rechtsgeschäft. Der Unterschied zwischen dem formlosen und dem formellen Rechtsgeschäft ist somit der: Beim Ersteren ist die Wahl der Form der Willensäusserung dem Belieben der Beteiligten überlassen, bei Letzterem hat das objektive Recht eine ganz bestimmte Form als allein zulässig anbefohlen. Logisch genauer wäre es, die erstere Art als „formfreie" Rechtsgeschäfte zu bezeichnen.

Gemeinsam ist beiden Arten, dass ihnen beiden der rechtliche, d. h. auf eine Rechtswirkung gerichtete, Wille zu Grunde liegt. Die Wirkung jener Freiheitsbeschränkung ist die: Beim „formfreien" Rechtsgeschäfte knüpft das objektive Recht an jede beliebige Erklärung des rechtlichen Willens — sie bestehe, worin sie wolle —, die gewollte Rechtswirkung an; beim formellen nur dann, wenn der rechtliche Wille in der vorgeschriebenen Form geäussert worden ist. Bei dem „formfreien" Rechtsgeschäft kann nun durch Parteivereinbarung eine ganz bestimmte Form festgesetzt werden; dennoch kann hierdurch das formlose Rechtsgeschäft nie zum formellen gemacht werden. Auch die feierlichste Form kann dem formlosen Rechtsgeschäft seinen Charakter nicht rauben, eben weil diese Form kein Gesetzeszwang verlangt. Andrerseits stempelt die natürlichste Form, sobald das objektive Recht sie vorschreibt, das Rechtsgeschäft zum formellen. Endlich: Beim formlosen Rechtsgeschäft kann die Form tausendfach verschieden sein, jedes kann eine andere haben; aber die Existenz der Form ist jedesmal bedingt durch das Vorhandensein eines Rechtsgeschäftes; mit diesem entsteht und verschwindet sie. Ganz anders ist der Charakter der Form, wenn das Recht sie positiv normirt. Das Recht abstrahirt, unabhängig von dem Vorhandensein eines Rechtsgeschäftes legt es eine gewisse Form für gewisse Geschäfte fest und giebt ihr so eine eigene Existenz (cf. Ihering a. a. O. S. 475).

§ 5.

Beim formellen Rechtsgeschäft ist die Form vom objectivem Rechte vorgeschrieben, beim formfreien nicht. Es kann

jedoch auch hier, wie schon erwähnt, durch Parteivereinbarung eine bestimmte Form festgesetzt worden. Diese Verschiedenheit des Ursprunges führt zu einer getrennten Behandlung. Wir beginnen mit den vom Gesetz vorgeschriebenen Formen.

II. Abschnitt.

Die vom Gesetz bestimmten Formen.

I. Kapitel.

Die verschiedenen Arten derselben.

§ 6.

Nach dem Grunde, weswegen diese Formen vorgeschrieben sind, lassen sich zweierlei Arten unterscheiden.

Die Einen dienen zur Begründung des Rechtsgeschäftes, die Form ist Bedingung der Gültigkeit desselben. Hier ist die Form zu einem wesentlichen Bestandteile, zu einem Essentiale des Rechtsgeschäfts erhoben worden, so dass dasselbe ohne die Form zu keiner rechtlichen Existenz gelangt.

Die andere Art von Formen ist vom objectiven Rechte mit geringerer Wirkung ausgestattet. Diese Formen können nämlich Bedingung der Beweisbarkeit des Rechtsgeschäfts oder der Klagbarkeit oder sonstiger rechtlichen Wirkungen sein. Die Wirkung dieser Formen ist eine schwächere d. h. das Rechtsgeschäft ist, auch wenn jene Formen nicht beachtet sind, deswegen nicht ungültig. Aber ihre Vernachlässigung rächt sich dadurch, dass gewisse rechtliche Wirkungen, die eben an die Form geknüpft sind, nicht eintreten.

Die erstgenannte Klasse von Formen ist im gemeinen Rechte die regelmässige.

II. Kapitel.

Die Bedeutung der gesetzlichen Formen im Allgemeinen.

§ 7.

Man pflegt vielfach das Verschwinden der Form in den vermögensrechtlichen Geschäften als einen Fortschritt in dem Rechtsleben zu bezeichnen. Nun finden sich aber bei allen

Völkern, bald in grösserer bald in geringerer Zahl, bestimmt ausgeprägte Formen; und soweit auch immer die Rechtsentwickelung eines Volkes sich der höchsten Vollendung genähert hat, noch nie hat sie dazu geführt, alle Formen abzuwerfen. Diese überall wiederkehrende Erscheinung führt zu dem Schlusse, dass der Form eine innere Berechtigung und Nothwendigkeit zu Grunde liegen muss. Diese Berechtigung aber erklärt sich aus dem Nutzen, aus den Vorteilen, welche die Form gewährt. Um jedoch Einseitigkeit und Irrtümer zu vermeiden, müssen den Vorzügen der Form ihre Nachteile gegenübergestellt werden.

§ 8.

Die Vorteile der Form sind mannigfach; sie kommen bald den Beteiligten, bald auch dritten zu Gute. Der alltägliche Verkehr führt den Menschen unzählige Male zu Worten und Handlungen, die er nachher bereut und gern ungeschehen machen möchte. Wie manches Geschäft wird unter dem Eindrucke des Augenblickes, unter dem Einflusse der Zuredenden geschlossen, das der ruhigen Ueberlegung später als Thorheit und Unvernunft erscheint! Hier übt die Form einen heilsamen Einfluss aus, je nach ihrer Beschaffenheit bald eindringlicher, bald weniger wirksam. Sobald der Abschluss eines Geschäftes in der bestimmten Form verlangt wird, kommt dem Menschen das Bewusstsein, worum es sich handelt. Der leichtsinnige, unüberlegte Mann, der eben noch ohne Zaudern zu dem Geschäfte seine Einwilligung gab, kommt plötzlich zur Ueberlegung; er zögert, er sieht die Folgen seines Beginnens im Geiste vor sich. So wird die warnende Stimme des Bewusstseins in ihm laut, er tritt vielleicht ganz zurück von seinem Vorhaben, von dem geplanten Geschäfte, oder er willigt nur ein unter anderen, günstigeren Bedingungen. Kurz gesagt: Die Form führt den Menschen zur Ueberlegung, bewahrt ihn vor übereilten Handlungen und schützt ihn vor Enttäuschungen.

Ein Weiteres: Die Form dient dazu, das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes zu konstatiren. Beim formlosen Geschäfte ist es häufig sehr schwer, ja manchmal unmöglich, die Grenze bestimmt zu ziehen zwischen Vorbereitungen des Geschäftes

und dem wirklichen Abschlusse desselben. Um so leichter erwächst diese Schwierigkeit, als oft die Parteien sich selbst über ihr eigenes Wollen nicht klar geworden sind. Unbestimmte und unbestimmbare Aeusserungen werden die Quelle von langwierigen Prozessen. Da erscheint die Bestimmtheit, welche die Form garantirt, von höchstem Werte. Aus den Beredungen und Abmachungen hebt sich die in bestimmte Form gekleidete Willenserklärung als der Kern, das Resultat der Verhandlungen deutlich ab. Die Form zeigt, dass der fixirte Inhalt als Rechtsgeschäft gewollt sei. Zugleich aber zeigt sie, was für ein Geschäft geschlossen ist, welchen juristischen Charakter es hat. Die Parteien bezeichnen häufig ein Geschäft mit falschem Namen, dies kann zu Irrtümern führen. Die Form hingegen schliesst jeden Zweifel hierüber aus.

Diese Bestimmtheit ist für den Prozess — und gerade im Prozesse zeigt sich der Segen der Form —, von höchster Bedeutung. Der Richter ist nicht gezwungen, aus ungenauen und ungewissen Worten der Parteien den Abschluss des Geschäfts herausdeuten zu müssen, wobei das Resultat doch oft sehr zweifelhaft sein wird, nein, die knappe und genaue Form giebt ihm diese Gewissheit aus sich selbst. Aber nicht allein der Bestand, die Thatsache des Entstandenseins des Rechtsgeschäftes wird durch die Form bewiesen, sondern auch der Inhalt desselben. Was in dem Geschäfte beschlossen ist, wozu sich die Parteien verpflichtet haben, bis zu welcher Zeit sie zu leisten versprochen: Alle diese Thatsachen werden von der Form fixirt, und ihre Erinnerung wird durch dieselbe bewahrt.

Endlich sei noch ein Umstand erwähnt: Die Thatsache, dass für ein gewisses Geschäft eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, bewirkt, dass widerrechtlichen Einflüssen eine grosse Schranke gesetzt ist. Dem Zwange, Irrtume, Betruge und dergleichen Einwirkungen tritt die Form vielfach schon deswegen hindernd entgegen, weil es nicht überall und zu jeder Zeit möglich ist, die gesetzliche Form zu wahren. (cf. Ihering a. a. O. Bd. II. S. 495 fg; v. Völderndorff a. a. O. § 11 fg.; Verhandlungen des XXII. deutsch. Jur. Tages S. 324 fg.; Puchta Vorlesungen Bd. I. §. 64).

§ 9.

Den Vorteilen der Form stehen nicht zu übersehende Schattenseiten gegenüber. Vor Allem ist zu erwähnen die Gefahr des Formfehlers, die mit der Form verknüpft ist. Das Bestehen von Formvorschriften macht die genaue Kenntnis und Vertrautheit mit derselben notwendig. Gerade hier liegt das Bedenkliche der Form. Hat das objektive Recht wenige und einfache Formen festgesetzt, so vermindert sich jene Gefahr. Denn je einfacher dieselben sind, desto leichter werden sie dem Volke geläufig und vertraut. Wie aber, wenn diese Einfachheit fehlt? Dann kann es gar leicht eintreffen, dass die Form das Gegenteil von dem bewirkt, was sie bezweckt. Der im Rechte Bewanderte und Erfahrene benutzt seine Kenntnis, um den Unkundigen zu übervorteilen, die Formvorschrift bietet ihm dazu das Mittel. Dass unter solchen Formvorschriften die Verkehrssicherheit im höchsten Grade beeinträchtigt sein kann, liegt auf der Hand. Je natürlicher aber die Form ist, desto geringer wiegt dieser Nachteil. Entspricht sie dem Verkehr und dem Leben, passt sie sich den Verhältnissen genau an, so bürgert sie sich schnell ein; ist sie willkürlich bestimmt, so bleibt sie dem Volke fremd, und die Gefahr des Formfehlers wird demgemäss eine grössere sein.

Ein anderer Nachteil ist der: Die Form hemmt die freie Bewegung des Verkehrs, sie wird als Last empfunden. Die Unbequemlichkeit der Form führt dazu, sie im täglichen Leben ausser Acht zu lassen; je lästiger die Form ist, desto öfter wird ihre Nichtbeachtung eintreten um endlich zur Gewohnheit zu werden. Dann ist aber dem Betrug Thür und Thor geöffnet. Denn der unredliche Contrahent beruft sich wider Treu und Glauben auf den Formenmangel, und der ehrliche Mann wird betrogen. Häufig verlangt der Verkehr, das Interesse der Beteiligten den möglichst schnellen Abschluss eines Geschäftes; muss hier nun eine vielleicht recht schwerfällige Form gewahrt werden, so kann bis zur Erfüllung derselben aller aus dem Geschäfte erhoffter Gewinn schon geschwunden sein.

Auch sonst kann die Form als Last empfunden werden.

Es kann das Verlangen des Einen, die Form innezuhalten, unter Umständen die unerquicklichsten Wirkungen haben: Der Andere fühlt sich verletzt, er sieht in dem Bestreben des Anderen, die Form zu wahren, ein Zeichen des Misstrauens (cf. Ihering a. a. O. Bd. II. S. 480. fg.; v. Völderndorff a. a. O. § 13; Motive z. Entw. d. bürgerl. Gesetzbuchs § 91 S. 179, 180.

Auf diese Gegenüberstellung von Vorteil und Nachteil der Form hin sich nun schlechthin für oder gegen die Form erklären zu wollen, wäre nicht zu billigen, denn nicht überall treffen die aufgezählten Momente in gleicher Stärke zu; bald überwiegen die Vorteile, bald die Nachteile. Die Entscheidung lässt sich vielmehr nur treffen bei der Betrachtung der einzelnen Anwendungsfälle der Form. Doch zuvor ist noch ein Gesichtspunkt zu erwähnen: Der Vorvertrag.

§ 10.

Es ist noch die Frage zu beantworten, ob die für einen Vertrag geltenden Formenvorschriften auch auf den sogenannten Vorvertrag Anwendung finden müssen.

Dass sich eine einheitliche Regel hier nicht aufstellen lässt, folgt aus der Verschiedenartigkeit des Charakters der einzelnen Formen, wie er oben (§ 6) dargestellt worden ist. Unter Vorvertrag (pactum de contrahendo) versteht man einen Vertrag, aus dem die Verpflichtung zur Eingehung eines anderen (Haupt-) Vertrages entspringt. Windscheid (a. a. O. Bd. II. § 130) sagt, die für die Gültigkeit des Hauptvertrages gesetzlich vorgeschriebenen Formen seien überall da für den Vorvertrag erforderlich, wo das Gesetz nur den in der bestimmten Form erklärten Willen als bindend anerkennen will, und wo es die formelle Willenserklärung aus dem freien Willen, nicht aber aus einer bestehenden Verpflichtung entspringen lassen will. Dies ist aber stets da der Fall, wo die Anwendung der Form vom objektiven Rechte bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist (cf. Thöl a. a. O. Bd. I. S. 755). Denn eben dadurch, dass es auf die Nichtbeachtung der Form die Strafe der Nichtigkeit setzt, zeigt das objektive Recht jenen Willen,

dem Menschen die Freiheit des Entschlusses zu wahren und ihn so vor unüberlegten und übereilten Handlungen zu schützen. Wollte man hier eine formlose Vereinbarung als gültigen Vorvertrag anerkennen, so würde damit jener Zweck des objektiven Rechtes geradezu vereitelt. Ist hingegen der Wille des Gesetzes darauf gerichtet, eine besonders strenge Haftung zu begründen, so ist das Erfordernis der Form für den Vorvertrag nicht festzuhalten, weil hier die Zulässigkeit eines formlosen Vorvertrages mit dem Zwecke des Gesetzes nicht in Widerspruch tritt. Somit ist das pactum de cambiando als formloser Vorvertrag gültig. Entscheidend ist also der Zweck der Formvorschrift: die ratio legis (cf. Bechmann a. a. O. Bd. I. S. 282. A. 2; Seufert's Archiv Bd. 28. Nr. 103). Anderer Meinung ist Degenkolb (a. a. O. S. 32—38).

Wie bei der anderen Klasse von Formen, denjenigen nämlich, die des Beweises oder der Klagbarkeit halber bestimmt sind, jene Frage zu entscheiden sei, ist ebenfalls bestritten. Richtiger Meinung nach ist für die Beweisbarkeit oder Klagbarkeit des Vorvertrages auch die Form erforderlich (cf. Windscheid a. a. O. Bd. II. § 310 A. 3).

Nachdem wir die Bedeutung der Formen im Allgemeinen darzustellen versucht haben, wenden wir uns jetzt zu der Betrachtung der einzelnen Formen bei den Rechtsgeschäften.

III. Kapitel.

Die Bedeutung der einzelnen Formen in den einzelnen Rechtsgeschäften.

A. Die gerichtliche Form.

§ 11.

Unter den in Betracht kommenden Formen ist es die gerichtliche, welche wegen ihrer Bedeutung und Verbreitung zuerst Erwähnung verdient. Schon vor der Rezeption war diese Form in Deutschland vielfach in Anwendung. Das Eindringen des römischen Rechtes hat sie nicht verdrängt, im Gegenteil, sie hat seitdem an Ausdehnung gewonnen. Die gerichtliche Form besteht in der Regel darin, dass das betreffende

Rechtsgeschäft vor Gericht geschlossen wird, indem ein Protokoll über dasselbe aufgenommen und von den Beteiligten unterzeichnet wird. Die richterliche Thätigkeit ist jedoch nicht immer die gleiche, sondern bald mehr, bald weniger hervortretend; sie ist bald eine mehr passive, bald eine mehr aktive (cf. Ihering's Jahrb. Bd. I. S. 293—301). Ersteres ist z. B. der Fall beim testamentum apud acta conditum. Indessen ist diese Art der richterlichen Mitwirkung nicht falsch zu verstehen, als sei das Geschäft auch ohne dieselbe schon gültig, dieselbe trete nur als Aeusserlichkeit hinzu. Wie bei der gesetzlichen Notwendigkeit der Zuziehung von Zeugen z. B. beim Privat-Testament, so verhält es sich auch hier. Dort ist nämlich die Thätigkeit der Zeugen nicht bloss eine reine physische, sie ist auch eine juristische. Solch' ein Zeuge steht dem Rechtsgeschäfte nicht gegenüber wie ein blosser Beweiszeuge, nein, er nimmt Anteil an dem Rechtsgeschäfte selbst, er trägt mit zur Solennisirung desselben bei. Dasselbe gilt von der oben genannten Art der gerichtlichen Mitwirkung. Die Thätigkeit des Gerichts besteht in der Entgegennahme des Rechtsgeschäftes; das Gericht steht nicht ausserhalb desselben, sondern es wirkt juristisch mit, indem es, der Aufforderung der Parteien folgend, zur Solennisirung des vorzunehmenden Aktes beiträgt.

Die Thätigkeit des Gerichts kann, wie gesagt, auch eine mehr aktive sein. Nicht als ob hier die Partei ganz zurückträte, sie bleibt immer in erster Linie die handelnde Person. Ihering (a. a. O. S. 299) vergleicht diese Art der richterlichen Thätigkeit mit der eines Vormundes. Wie der Vormund die Geschäfte des Mündels, falls sie juristisch gültig sein sollen, bestätigen, bekräftigen muss, so muss das Gericht gewissen Geschäften der Parteien den Stempel der rechtlichen Gültigkeit aufdrücken. Diese Art der richterlichen Mitwirkung hat einen ganz anderen Charakter. Bevor es seine Bestätigung erteilt, wird es eine Prüfung, eine causae cognitio vornehmen. Seine Bestätigung ist daher nicht eine von vornherein gewisse, da es ja möglich ist, dass es, causa cognita, seine Mitwirkung verweigert, das Geschäft verwirft. Man kann im Zweifel sein, ob

diese Art der richterlichen Mitwirkung noch als Form des Geschäfts bezeichnet werden darf, da sie doch materiellrechtlich von Bedeutung ist. Dennoch glauben wir sie anführen zu müssen, da sie immerhin noch als Form erscheint.

Die erste Art der gerichtlichen Form, die rein formelle, ist die überwiegende; mit dieser wollen wir beginnen.

§ 12.

Eins der wichtigsten Geschäfte, in denen die gerichtliche Form Anwendung findet, ist das Testament. Die grosse Mehrzahl der gerichtlich errichteten Testamente lässt an sich schon auf die erhöhte Bedeutung dieser Form gerade beim Testament schliessen.

Das gerichtliche Testament in der Gestalt des testamentum apud acta conditum, d. h. Erklärung des letzten Willens zu gerichtlichem Protokoll, war im römischen Rechte bekannt. Durch die Praxis des Mittelalters hat sich dann auch das testamentum indici oblatum d. h. Ueberreichung der verschlossenen Urkunde mit anschliessendem Protokoll, entwickelt. (Sintenis a. a. O. Bd. III. S. 355 fg.)

Die publica fides ist der grösste Vorzug des gerichtlichen Testamentes. Wenn die Testaments-Urkunde von einer mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Urkundsperson unterzeichnet und untersiegelt ist, dann ist ein Zweifel an der Echtheit der Urkunde nicht mehr möglich. Der Erbe ist, wenn ihm sein Recht bestritten wird und es zum Prozesse kommt, des sonst vielleicht schwierigen Beweises der Echtheit der Urkunde enthoben. Die Gefahr der Fälschung und das aus dieser Möglichkeit entspringende Misstrauen ist verbannt und ausgeschlossen.

Zu dieser Garantie der Echtheit kommt die weitere Gerantie der sicheren Aufbewahrung des Testamentes. Das beim Gericht niedergelegte Testament ist der Gefahr der Beschädigung und Vernichtung in weit höherem Grade entzogen, als dies bei dem vom Privatmann aufbewahrten Testamente der Fall zu sein pflegt. Besonders auf dem Lande wird diese Wohlthat am meisten verspürt, denn hier ist die Sicherheit der

Aufbewahrung doch die geringste. Das beim Privaten aufbewahrte Testament kann leicht verloren gehen, unter anderen Papieren wird es übersehen oder nicht erkannt. Liegt dagegen die Urkunde im Gerichtsarchiv, so hat der Testator die Gewissheit, dass sein Testament weder vergessen noch verloren wird, kurz, er weiss, dass sein letzter Wille auch nach seinem Tode zur Geltung kommen wird.

Noch eine weitere Gewissheit kann der Testator sich verschaffen beim testamentum apud acta conditum. Da er hier dem Richter mündlich seinen letzten Willen erklärt, so ist ihm Gelegenheit gegeben, den Mangel seiner Rechtskenntnisse zu ersetzen. Der Richter, der den Verstoss gegen das materielle Recht sieht, wird ihn belehren. Fehler werden so vermieden; auch Missverständnissen wird vorgebeugt. Denn der in derartigen Geschäften erfahrene Richter wird sorgen, dass die Urkunde klar und verständlich gefasst wird.

Bei beiden Arten des gerichtlichen Testaments kommt in Betracht, dass Verstösse gegen das formelle Recht, Formfehler, so gut wie ausgeschlossen sind. Denn der Richter wird eher zu viel, als zu wenig Vorsicht anwenden, um die Möglichkeit der Nichtigkeit des Testamentes wegen eines Formfehlers zu verhüten.

Neben den hier angeführten Vorzügen kommen die schon ausgeführten allgemeinen Vorzüge der Form hier mehr oder weniger zur Geltung. Eine nochmalige Ausführung desselben würde jedoch zu Wiederholungen führen.

§. 13.

Besondere Erwähnung verdient die Frage: Bewirkt die Zurücknahme eines gerichtlich errichteten und beim Gericht deponirten Testamentes die Aufhebung seiner Gültigkeit? Für die Bejahung dieser Frage lässt sich anführen, die Formvorschrift des gerichtlichen Testamentes verlange, dass das Testament bei Gericht deponirt werde, ausserdem müsse dasselbe dort verbleiben, weil durch die Form doch publica fides begründet werden solle. Allein jene Gründe sind nicht durchschlagend. Denn dass die gerichtliche Aufbewahrung des

gerichtlichen Testamentes ein Essentiale desselben, eine Voraussetzung seiner Gültigkeit sein sollte, ist niemals vom Gesetze bestimmt worden. Die Voraussetzung des gerichtlichen Testamentes des römischen Rechtes ist „die gerichtliche Verlautbarung des letzten Willens“ (cf. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 223). Die Zurücknahme des Testamentes kann daher dasselbe in seiner Gültigkeit nicht beeinflussen. Die Voraussetzung des testamentum indici oblatum ist der Formalakt vor Gericht (Protokollaufnahme u. s. w.); also kann auch hier die spätere Zurücknahme das Testament in seiner Gültigkeit nicht berühren. Die Behauptung der erhöhten Sicherheit vor Verfälschung entfällt dann, wenn das Testament, mit der gerichtlichen Zeichnung und Siegelung versehen, vorgelegt wird. Zweifelhaft kann noch sein, ob die Zurücknahme eine Vernichtung bewirkt, wenn dies gewollt ist. Auch dieses ist zu verneinen, denn nach l. 27 C. 6. 323 ist zum Widerruf eines Testamentes erforderlich: Ablauf von zehn Jahren seit der Errichtung und ferner Erklärung des Widerrufs vor drei fähigen Zeugen oder vor Gericht; dies gilt auch hier (cf. Glück Bd. 38, S. 307 fg.).

§. 14.

Was nun die Nachteile der gerichtlichen Form anlangt, so könnte ein Vorwurf, der der Form überhaupt gemacht wird, auch hier in Betracht kommen: Der Vorwurf der Unbequemlichkeit. Weitere Nachteile dürften sich jedoch schwerlich finden lassen, und so ist zu sagen: Die gerichtliche Form des Testamentes hat im Gemeinen Rechte eine grosse Bedeutung; sie ist eine unentbehrliche Einrichtung desselben, deren Wert sich in der Beliebtheit und Verbreitung desselben am Deutlichsten zeigt.

2. Die gerichtliche Form bei Schenkung über eine gewisse Summe.

§. 15.

Die Schenkungsverbote sind römischen Ursprunges. Das älteste Gesetz dieser Art ist die lex Cincia. Die weitere Entwicklung führte zu Änderungen jenes Gesetzes, und im corpus

iuris civilis findet sich in Bezug auf die Schenkung die Bestimmung:

Beträgt der Wert einer Schenkung mehr als 500 Solidi, so ist dieselbe bis zur Höhe von 500 Solidi gültig, für den Rest aber nichtig, wofern nicht die Schenkung gerichtlich insinuirt worden ist. Diese Vorschrift ist Gemeines Recht, mit der Änderung, dass der Solidus dem Dukaten gleichgestellt ist, sodass 500 Solidi gleich 4666,66 Mark sind. (cf. Savigny System IV. S. 195).

Die Insinuation besteht in der Erklärung zu gerichtlichem Protokoll. Erforderlich ist: Genaue Bezeichnung des Gebers, des Empfängers, des Gegenstandes der Schenkung und Erklärung der Schenkungsabsicht. (cf. Marezoll a. a. O. S: 1 fg.).

§. 16.

Die causa der Geschäfte ist in der Regel der Vermögensvorteil, den man aus ihnen erhofft. Nun kommen aber Vermögensveränderungen vor, denen eine derartige causa nicht zu Grunde liegt — die Schenkungen. Die Schenkung ist nicht ein bestimmt qualifizirtes Rechtsgeschäft; vielmehr kann jedes Rechtsgeschäft dadurch zur Schenkung werden, dass die oben gekennzeichnete causa durch die causa donandi ersetzt wird. Da nun diese causa donandi nicht die regelmässige ist, so ist erforderlich, dass sie da, wo sie vorliegt, auch unzweifelhaft hervortritt: Dazu dient die Insinuation. Daher war letztere anfangs für jede Schenkung vorgeschrieben. Wenn Justinian sie nur für grössere Schenkungen festhielt, so liegt darin, dass Schenkungen geringeren Wertes doch nicht so ungewöhnlich und auch nicht von so grosser Bedeutung sind. (cf. v. Völderndorff a. a. O, §. 16).

Von den allgemeinen Vorteilen der Form kommen ferner noch zwei besonders zur Geltung: Die Form führt zur Ueberlegung, und zweitens: sie sichert den Beweis (cf. Bremer a. a. O. S. 94).

Gerade der Schenker denkt oft nicht daran, dass er ein Geschäft abschliesst, sich bindet; gerade die Schenkung ist ein Geschäft, bei dem oft Scherz und Ernst nicht unterschieden werden können.

Als besonderer Vorzug verdient die durch die Form bewirkte Oeffentlichkeit Erwähnung. Derartige grosse Zuwendungen pflegt man gern geheim zu halten. Aber gerade diese Heimlichkeit hat oft unlautere Beweggründe. Der Schenker, der ohne Rücksicht auf ihm nahestehende Personen irgend einen Dritten eine im Verhältnis zu seinem Vermögen übergrosse Summe aus irgend einem Grunde schenken will, muss mit dieser seiner Absicht an die Oeffentlichkeit treten. Die Herabsetzung in den Augen der Seinen, wie sie jene Absicht vielleicht mit sich bringt, wird ihn zurückhalten.

Es könnte der Insinuationsvorschrift der Vorwurf gemacht werden, die Festsetzung einer absolut bestimmten Summe sei ungerecht; dem Einen sei dieselbe Summe gleich nichts, dem Andern sehr viel. Indessen eine andere Art der Festsetzung wäre nicht besser. Wollte man z. B. die Höhe der Summe nach einer bestimmten Quote des Vermögens des Schenkers fixiren, so liegt es auf der Hand, wie schwer sich diese Feststellung im Einzelfall würde treffen lassen; Streitigkeiten und Prozesse würden die unausbleibliche Folge sein. Hingegen für alle Schenkungen zu verlangen, dass sie insinuirt werden, würde unbillig und überflüssig sein, und darum verdient die Vorschrift so, wie sie besteht den Vorzug. (cf. v. Völderndorff a. a. O. S 56).

Der Traditionsakt kann der Insinuation vorausgehen oder nachfolgen. Perfekt wird die Schenkung, soweit sie 500 Solidi übersteigt, im Augenblike der Insinuation. Mag daher Jemand durch Wort, Schrift, Tradition oder sonstwie eine solche Schenkung gemacht haben, er kann die überschiessende Summe jederzeit vindizieren oder condicieren; erst die Insinuation schliesst dies aus. Da somit bezüglich des Uebermasses bei der nicht insinuirten Schenkung völlige Nichtigkeit eintritt, so kann die Schenkung auch nie ein Ersitzungstitel bezüglich des Uebermasses für den Beschenkten bilden; somit ist jede Umgehung der Insinuationsvorschrift ausgeschlossen.

Aus Gesagtem erhellt, dass die Formvorschrift bei der Schenkung, nachdem sie in Deutschland Eingang gefunden, mit gutem Grunde beibehalten worden. Denn die Nachteile,

die sich anführen liessen: Unbequemlichkeit, Beschränkung in der freien Verfügung über das Vermögen, können nicht die gebotenen Vorteile aufwiegen.

3. Die gerichtliche Form bei der Intercession bei Frauen.

§. 17.

Das Senatus Consultum Vellcianum (46 p. Chr. n.) verbot den Frauen die Intercession d. h. sich für fremde Schulden zu verpflichten. Justinian bestimmte: Jede Intercession der Frau ist nichtig, wenn sie nicht in einer öffentlichen, von drei Zeugen unterzeichneten Urkunde erklärt wird; die Intercession der Ehefrau für ihren Ehemann soll stets nichtig sein. Das Verhältnis dieser Vorschriften zu einander ist streitig (cf. Baron a. a. O. §. 256). Im Mittelalter wurde die eidlich bestärkte Intercession als gültig, der Verzicht auf die Rechtswohlthat des S. C. Vellicianum als zulässig anerkannt. Im gemeinen Recht erscheint das Verbot daher als eine Formvorschrift: Die Intercession einer jeden Frau ist — abgesehen von der als gültig anerkannten eidlichen Intercession — giltig, wenn sie in öffentlicher Urkunde erklärt ist, wobei die Frau nach erfolgter richterlicher Belehrung auf die Rechtswohlthat des S. C. Vellcianum verzichtet haben muss.

§. 18.

Der Schutz der Frau ist in erster Linie der Gesichtspunkt, der die Form als zweckdienlich erscheinen lässt. Das objektive Recht sieht sich verpflichtet, gewissen hülfsbedürftigen Personen den ihnen nötigen Schutz angedeihen zu lassen. Die Frau ist in den Rechtsgeschäften vielfach unerfahren, sie ist leicht zu bereden. Hier trifft das Gesetz seine Vorsichtsmassregeln. Nicht allein, dass das Geschäft vor dem Richter abgeschlossen werden muss, der Richter soll die Frau auch noch besonders vorher über die Rechtswohlthat des S. C. Vellcianum belehren, und erst wenn die Frau trotz der Belehrung bei ihrem Willen beharrt und auf jene Wohlthat verzichtet, erst dann ist ihre Intercession gültig. Eine doppelte Schutzwehr ist, so zu sagen, zu Gunsten der Frau errichtet. Einmal:

Das Erfordernis des Abschlusses vor Gericht; dann: die richterliche Belehrung und das Erfordernis des Verzichtes.

Neben den sonstigen allgemeinen Vorzügen dieser Formvorschrift ist noch die Oeffentlichkeit, welche sie mit sich bringt, zu erwähnen. Der unredliche Kontrahent, der die Frau durch arglistige Vorspiegelungen zur Intercession beredete, wird sich scheuen, seine unlauteren Bestrebungen vom Richter durchschaut zu sehen. Rechtswidrigen Einflüssen ist somit der Zugang zu dem leicht beeinflussten Herz der Frau versperrt.

Als Nachteil der Form könnte der Umstand in Betracht kommen, dass in der Vorschrift eine unberechtigte Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts liegt. Und in der That steckt hierin eine gewisse Wahrheit. In Rom mochte es den Verhältnissen ganz entsprechend sein, der Frau, im Gegensatz zu dem Manne, die Intercession durch eine Formvorschrift zu erschweren. Das Motiv der römischen Gesetzgebung: Die infirmitas feminarum (l. 2. 1. D. 16. 1) trifft jedoch in Deutschland in dem Grade nicht zu. Die deutsche Frau ist durchaus nicht sehr leichtgläubig und nicht leicht bereit, ihr Gut für Fremde zu wagen. Diese Thatsache führte die gemeinrechtliche Entwickelung auch zur Zulässigkeit des Verzichtes auf die Wohlthat des S. C. (cf. Dernburg: a. a. O. Bd. II. S. 229). Sodann ist die Stellung der Frau in Deutschland eine andere, eine würdigere und höhere, als dies in Rom der Fall war.

Als weiterer Nachteil liesse sich anführen, dass die Formvorschrift als Last empfunden werde und dem Verkehr eine Fessel anlege.

Trotzdem ist unseres Erachtens die Formvorschrift der Insinuation im Gemeinen Recht durchaus berechtigt, die von ihr gewährten Vortheile sprechen für ihre Bedeutung.

§. 19.

Wir haben ausgeführt, dass die Art der gerichtlichen Mitwirkung eine verschiedene sein kann, bald rein formell, bald, darüber hinausgehend, zugleich materiellrechtlich bedeutsam.

Ein Bild von der zuletzt genannten Art der gerichtlichen Mitwirkung bietet uns die Bestimmung über die Veräusserung

von Mündelgütern. Der Vormund bedarf nämlich zur Veräusserung von Mündelgütern der obervormundschaftlichen d. h. der gerichtlichen Genehmigung.

Hier steht also dem Gericht eine wirklich aktive Mitwirkung zu. Es wird die Vorteile und Nachteile einer vom Vormund gewollten Veräusserung erwägen und danach entscheiden. Dem Mündel wird hierdurch ein indirekter, aber sehr wirksamer Schutz gewährt. Der Leichtsinn und die Einsichtslosigkeit des Vormundes kann jenem nicht schaden. Ja noch mehr, auch vor Betrug des Vormundes wird dem Mündel Schutz gewährt.

Eine vom Vormund formlos vorgenommene Veräusserung des Mündelgutes ist rechtlich als nicht geschehen anzusehen.

Ist diese Art der gerichtlichen Form nun auch in diesem Falle berechtigt, so findet sich im Gemeinen Recht doch kein weiterer Anwendungsfall. Und mit Recht, denn jene Form entspringt aus einer staatlichen Bevormundung der Parteien, wie sie im Allgemeinen nicht berechtigt ist.

B. Die schriftliche Form.

§. 20

Sobald ein Volk in seinem Rechtsleben die erste Stufe der Entwicklung überschritten hat, findet sich die schriftliche Form. Sowohl im alten Rom erlangte die Urkunde früh grosse Bedeutung, als auch im germanischen Rechte. Dem Prinzipe der Formlosigkeit, welches das Gemeine Recht beherrscht, ist vielfach auch die schriftliche Form zum Opfer gefallen, indessen so sehr auch jener Grundsatz sich ausbreitet, gewisse Gebiete hat die schriftliche Form sich dennoch gewahrt.

Die Schrift ist das der Gesellschaft und dem Staate unentbehrliche Mittel, das schnell verhallende Wort zu fixiren und der Erinnerung zu bewahren. Die Schrift ist nur eine Form der Rede, aber sie hat die Eigentümlichkeit, dass sie das Gesprochene dauernd bewahrt. Unter Anwesenden ist das natürliche Mittel der Willensäusserung das Wort, unter Abwesenden hingegen die Schrift (cf. Meyer a. a. O. S. 4 fg.)

Also ist die Schrift eine natürliche, formlose Willensäusserung. Sie kann aber vom objektiven Rechte bald mit grösserer, bald mit geringerer Wirkung zur Form erhoben werden, d. h. sowohl als notwendige Voraussetzung der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, als auch im mehr prozessualen Sinne behufs der Beweissicherung und ähnlicher Vorteile wegen. Diese letztere Art, wo die Form mehr prozessualer, als civilrechtlicher Faktor ist, kommt für das Gemeine Recht nicht in Betracht.

Die Schrift als Essentiale des Rechtsgeschäftes ist aber auch einer Abstufung in ihrer Wirksamkeit fähig. Sie kann erstens die gewöhnliche Bedeutung der Form haben. Es kann aber das objektive Recht der Schrift eine gesteigerte Wirkung verleihen, so dass der Satz gilt: debetur, quia scriptum est, gleichgültig, ob nach materiellem Rechte eine Forderung entstanden ist oder nicht. In diesem Falle ist der höchste Grad der Form erreicht. Das Rechtsgeschäft ist formell und zugleich abstrakt d. h. losgelöst von seiner causa.

Wann ist die Urkunde perfekt? Mit der Unterschrift. Letztere hat eine doppelte Bedeutung, eine natürliche und eine juristische. Erstere besteht darin, dass sie der Urkunde ihren individuellen Charakter verleiht, wodurch sie sich von anderen Urkunden unterscheidet. Zugleich ist die natürliche Wirkung der Unterschritt die, dass sie die Echtheit der Urkunde garantirt. In juristischer Hinsicht bedeutet die Unterschrift die Vollziehung des Geschäftes. Alles, was vorauslag, Punktationen, Aufzeichnungen, Traktate sind nur Vorbereitungen. Mit der Unterschrift erklärt der Kontrahent: „Dies ist mein rechtlicher Wille.“ Diese juristische Sanktion ist die innerste Bedeutung der Unterschrift. (cf. Franken a. a. O. S. 130 fg.)

§. 21.

Zu Gunsten der schriftlichen Form lassen sich folgende Momente anführen: Von den allgemeinen Vorzügen der Form sei auf zwei besonders hingewiesen; es ist die Garantie der Ernstlichkeit des Willens, andrerseits die Beweissicherung. Letzteres tritt besonders hervor. Die schriftliche Form ist das Mittel, wie schon erwähnt, den Willen der Beteiligten zu fixiren

und die Erinnerung an denselben für die Zukunft zu bewahren. Zeugen können hierzu zwar auch dienen, allein deren Erinnerung verblasst, das Gedächtnis wird schwächer, der Tod kann sie hinwegraffen, kurz, ihre Bedeutung reicht nicht entfernt an die Sicherheit der schriftlichen Fixirung.

Die schriftliche Form ermöglicht es, den Inhalt des Rechtsgeschäftes geheim zu halten, ein Vorzug, der die schriftliche Form besonders auszeichnet. Denn gar oft liegt es im Interesse der Beteiligten, Dritten die Kenntnis des Inhaltes des Geschäftes zu entziehen. Andrerseits wird häufig die Schriftlichkeit gerade im Interesse Dritter liegen. Besonderen Wert haben daher die sogenannten öffentlichen Urkunden, ihr Zweck ist häufig die Wahrung des Interesses Dritter. Hier ist die genaue Fixirung von Zeit und Inhalt von hervorragender Bedeutung. Aber gerade die Wichtigkeit gewisser Geschäfte hat dazu geführt, die schriftliche Form durch eine wirkungsvollere zu ersetzen: Durch die gerichtliche Form. Nicht als ob die Schrift hier ihre Bedeutung verlöre, gewiss nicht, aber die gerichtliche Mitwirkung gibt der Form ihren eigentümlichen Charakter.

§. 22.

Was nun die Nachteile der schriftlichen Form anlangt, so kommt die in §. 9 schon angeführte Gefahr des Formfehlers hier besonders zur Geltung. Aber noch mehr: Garantirt die schriftliche Form auch einerseits den Ernst des Entschlusses, die Sicherheit des Beweises, so ist es darum oft noch sehr zweifelhaft, ob das, was in der Urkunde steht, wirklich der Wille der Parteien war. Es ist durchaus nicht Jedermann im Stande, seine Gedanken und Entschlüsse in genauer und klarer Fassung schriftlich niederzulegen. Lückenhafte, unvollständige und unverständliche Urkunden werden vielfach das Resultat der Formvorschrift sein; Nachteile, die sich durch die gewissenhafteste Auslegung nicht immer werden beheben lassen.

Die eigene Unerfahrenheit und Ungewandtheit im Schreiben und Lesen wird denjenigen, der ein die Form erforderndes Geschäft schliessen will, auf die Hülfe Anderer anweisen. So wird denn der Inhalt eines Geschäftes von Unbeteiligten auf-

gezeichnet; z. B. der Testirende lässt sich von einem Anderen die Testamentsurkunde aufsetzen. Wie leicht kann durch Missverständniss, oder ungenaue Erklärung des Willens eine Urkunde von sehr zweifelhaftem Werte entstehen! Nichts Seltenes ist es ferner, dass eine Partei die Urkunde ungelesen unterzeichnet, sei es, dass sie auf die Redlichkeit des Anderen sich verlässt, sei es, dass sie die eigene Unkenntnis im Lesen aus Schamgefühl verbergen will. Die unvermeidliche Folge jener Thatsachen ist die, dass dem Betrug und der Arglist ein grosser Spielraum gewährt wird. Besonders auf dem Lande, wo die Schrift- und Lesegewandtheit häufig eine geringere ist, hat die Urkunde manchmal einen Inhalt, den der Unterzeichnete weder ahnt, noch will.

Auch die fertige Urkunde bietet dem Betrug ein günstiges Werkzeug! Radirungen, Zusätze, Änderungen können gemacht werden; Fälschungen, die oft schwer nachgewiesen werden können. (cf. Motive I. S. 179; Meyer a. a. O. S. 11 fg.; Dove a. a. O. S. 333, 334; v. Feistmantel a. a. O. S. 120, 121; Albrecht a. a. O. S. 38).

Das Resultat dieser Erwägungen spricht nicht sehr zu Gunsten der schriftlichen Form — wir betonen, dass wir die öffentliche Urkunde hiermit nicht einbegreifen —, und im Gemeinen Recht findet sie daher keine besonders grosse Anwendung. Immerhin hat sie da, wo ihre Macht und ihr Wert unverkennbar sind, sich behauptet und eher an Ausdehnung gewonnen, als eingebüsst.

A. Die schriftliche Form beim Privat-Testament.

§. 29.

Den letzten Willen des Menschen nach Kräften zu schützen und zur Geltung zu bringen, ist die Aufgabe und das Bestreben des objektiven Rechtes.

Die gerichtliche Form des Testamentes ist daher nicht die allein zulässige, daneben ist das schrifliche Privat-Testament anerkannt. Zwar lassen sich die mannigfachen Nachteile der schriftlichen Form auch hier nicht verkennen, und deswegen begnügt sich das objektive Recht nicht mit der Schriftlichkeit,

es befiehlt ausserdem die Zuziehung von Zeugen. Dennoch hat die schriftliche Form ihre Bedeutung. Die Errichtung eines gerichtlichen Testamentes ist nicht immer leicht möglich. Grosse Entfernung des Gerichts, plötzliche Erkrankung und dergleichen Umstände können den Testator zwingen, zu dieser Form zu greifen. Als Vorteil ist, gegenüber anderen Testamentsformen, die Möglichkeit der Geheimhaltung des Testaments-Inhaltes zu betonen. Gesteigert ist die Bedeutung der schriftlichen Form beim testamentum holographum; hier bedarf es nicht einmal der Unterschrift des Testators. Am Weitesten geht das objektive Recht beim testamentum parentum inter liberos. Hier wird trotz der Gefahren, die gegen die schriftliche Form sprechen, diese allein vorgeschrieben, nicht einmal die Zuziehung von Zeugen wird gefordert (Gierke a. a. O. I. §. 33 A. 39).

§. 24.

Eine weit grössere Ausdehnung hat sich die schriftliche Form im Gebiet des Obligationenrechtes gewahrt. Neben dem contractus emphytenticarius sind es besonders die Skriptur-Obligationen, bei denen sie Anwendung findet. Eine kurze Begriffserklärung scheint hier erforderlich. Die Order- und Inhaber-Papiere, Skriptur-Obligationen genannt, haben ihre Eigentümlichkeit in der eigenartigen Verbindung der zwei Elemente, die ihnen zu Grunde liegen: des sachlichen und des obligatorischen Elementes. Das Papier, die Urkunde ist etwas Körperliches, eine Sache und unterliegt daher den sachenrechtlichen Grundsätzen; Eigentum, Besitz ist daran möglich. Die in dem Papier beurkundete Forderung ist das zweite Element; bezüglich dieses gelten die Grundsätze der Obligation. Diese scheinbar gegensätzlichen Elemente sind doch nur die beiden Seiten einer Einheit; sie verhalten sich zu einander, wie die unsichtbare Idee zu ihrem wahrnehmbaren Ausdruck; die Obligation ist die Seele, die in dem Papiere, ihrem Körper, wohnt. Nicht als ob das Papier die Obligation selbst wäre, dies ist irrig, aber beide bilden „eine lebendige Einheit“ (Kuntze, Inh.-Pap. S. 284).

Aus der geschilderten Beschaffenheit der Skriptur-Obli-

gationen folgt, dass die Urkunde in dreifacher Hinsicht für die Obligation von Bedeutung ist: Sie hat die „Genital-, die Vital- und die Final-Funktion“ (cf. Kuntze: Deutsch. W. R. §. 11 S. 46; Gareis a. a. O. §. 76 S. 727). Wir beginnen mit der ersteren.

§. 25.

Die Urkunde ist die Entstehungsform der Obligation, sie ist constitutiv, rechtsbegründend. Sie ist materiellrechtlich von Bedeutung, weil sie dazu dient, das Rechtsgeschäft zur rechtlichen Existenz zu bringen; sie ist die notwendige Voraussetzung der Gültigkeit desselben. Brunner (a. a. O. S. 145) nennt die so beschaffenen Urkunden: „Dispositive Urkunden.“ Jedoch nicht immer ist diese Urkunde bei den Skriptur-Obligationen eine konstitutive; sie hat bisweilen auch bloss deklaratorische, beweisrechtliche Bedeutung. Doch dies sind seltene Fälle, jene erste Bedeutung ist die regelmässige.

In ihrer Vital-Funktion liegt die Hauptbedeutung der Urkunde: Sie dient dem Verkehr. Jedoch ist die Art und Weise, wie sie dies thut, bei den Order-Papieren eine andere, als bei den Inhaber-Papieren, und eine getrennte Behandlung deswegen nötig; wir beginnen mit Letzteren.

Die Inhaber-Papiere bezwecken mehr oder weniger durch Cirkulation den Umlauf von Vermögenswerten zu fördern. Das Mittel, das sie hierzu befähigt, ist die jedem Inhaber gewährte Möglichkeit, das Papier einzulösen. Nur dann, wenn diese Möglichkeit garantirt ist, wird das Papier seinen Zweck erfüllen können. Jene Garantie verleiht ihm den Wert eines Zahlungsmittels. Das Metallgeld hat seinen Wert in sich selbst und wird deshalb in Zahlung genommen, das Inhaber-Papier besitzt letztere Eigenschaft dadurch, dass es jederzeit einlösbar ist. Die Garantie der jederzeit möglichen Einlösung und daher der Cirkulationsfähigkeit ist eine doppelte. Sie ist einerseits in der Person des Ausstellers begründet, andererseits in dem eigenartigen Charakter der im Inhaber-Papier verkörperten Obligation und in der besonderen Wirkung, die das objektive Recht an dieselbe knüpft. Die Person des Ausstellers bürgt für seinen Kredit und seine Fähigkeit zur jederzeitigen Ein-

lösung. Dies Erfordernis hat dazu geführt, neben dem Staate die Befugnis zur Ausstellung solcher Papiere nur besonders dazu berechtigten Rechtssubjekten zu verleihen. Die zweite Garantie liegt in dem Charakter der Obligation, sie ist nämlich Formal-Obligation d. h. der aus derselben entspringende Anspruch ist losgelöst von jedem materiellrechtlichen, wirthschaftlichen Entstehungsgrunde; die Gültigkeit dieses Anspruches beruht allein auf dem im Papier erklärten Willen. Dieses abstrakte Versprechen lautet aber dahin, dem „Inhaber" leisten zu wollen. Daraus und aus dem dinglichen Charakter des Papieres entspringt die besondere Rechtswirkung, dass durch jenes Versprechen nicht allein der erste Nehmer, sondern jeder spätere, rechtliche Erwerber des Papieres als Gläubiger, und zwar unmittelbar und zu eigenem Rechte, legitimirt ist, ohne also sein Recht aus dem seines Vorgängers abzuleiten (cf. Goldschmidt a. a. O. S. 211; Stobbe: Deutsch. P. R. Bd. III. S. 204). Rechtlicher Erwerber ist aber sowohl der redliche Erwerber, als auch der Besitzer des Papieres, letzterer wird nämlich bis zum Beweise des Gegenteils als redlicher Besitzer angesehen (Thöl a. a. O. Bd. I. §. 225 fg.).

Sind die oben genannten Garantien vorhanden, dann ist der Umlauf des Papieres der denkbar freieste und leichteste. Ungehindert geht es von Hand zu Hand; es geniesst das öffentliche Vertrauen infolge der Kreditwürdigkeit des Ausstellers; der Besitz ist die Legitimation des Inhabers, er braucht seinen Rechtserwerb nicht nachzuweisen. Der Dienst, den das Inhaber-Papier dem Verkehr leistet, ist unschätzbar: Seine eigenartige Beschaffenheit macht es den mannigfachsten Zwecken dienstbar. Es sei nur auf Einiges hingewiesen. Seine Bedeutung tritt hervor im Einzelverkehr, besonders aber auf dem Felde der Grossunternehmungen. Es sei nur erinnert an die Aktiengesellschaft. Das Inhaber-Papier zeigt hier eine verbindende, verknüpfende Macht. Es ist das Bindemittel, das den Einzelnen an die Gesellschaft knüpft; dennoch bleibt jener völlig frei, so leicht er eingereiht ist in die Zahl der Gesellschafter, so leicht kann er ausscheiden, er braucht nur sein Papier weiterzugeben. Erwähnt seien noch die grossen finan-

ziellen Unternehmungen der Staaten. Hier soll ein grosses Kapital in kurzer Zeit beschaffen werden. Das Inhaber-Papier ist das Mittel. Es würde zu weit führen, noch Mehreres aufzuzählen. Das Papier dient der Unternehmung, der Spekulation, der Erleichterung der Legitimation u.s.w. kurz, dem Verkehr. (cf. Kuntze Inh.-Pap. S. 5 fg.)

§ 26.

Auch das Order-Papier dient dem Verkehr, aber auf eine andere Art und Weise, wie das Inhaber-Papier. Denn während letzteres allein von dem Prinzipe möglichster Beweglichkeit beherrscht wird, tritt bei den Order-Papieren noch ein zweites hinzu: Das der Sicherung des Gläubigers.

Wie beim Inhaber-Papier, so ist auch hier das beurkundete Versprechen abstrakt; ferner gilt auch hier der Satz, dass jeder Gläubiger, unabhängig von dem Recht seines Vorgängers, Gläubiger zu eigenem Rechte ist. Dagegen ist die Art, wie man Gläubiger wird, eine andere, und gerade sie schafft jene Sicherung des Gläubigers. Diese besteht in der besonderen Garantie der Einlösung, denn die Einlösung ist das nächste Ziel des Order-Papieres, als weiterer Zweck ist die Begebbarkeit gewollt. Um die Erreichung jenes nächsten Zieles zu sichern, ist erstens dem Papier eine kurze Lebensdauer verliehen, sodann folgende Bestimmung getroffen. Damit jemand Gläubiger aus dem Papiere wird, ist erforderlich Begebung des letzteren und Beurkundung der Begebung auf dem Papiere durch Indossament. (Dies gilt natürlich nicht von dem ersten Nehmer des Papieres). Dann ist sowohl der Aussteller, wie jeder weitere Geber des Papieres Schuldner aus dem Papiere und zwar sowohl des gegenwärtigen Gläubigers, als auch gegenüber jedem späteren Nehmer. Alle Schuldner aus dem Papiere, bei der Tratte gehört dazu auch der Acceptant, sind Korrealschuldner, die der letzte Nehmer nach freiem Belieben um Einlösung angehen kann.

Andrerseits ist das Indossament für den Inhaber das Mittel der Legitimation.

Diese eben geschilderte Sicherung der Einlösung scheint

zwar auf Kosten der Cirkulationsfähigkeit des Order-Papieres erreicht zu werden, in Wahrheit ist sie, wir möchten sagen, die Voraussetzung seiner Beweglichkeit. Wer würde z. B. einen von einem Fremden ausgestellten Wechsel nehmen, wenn nicht die Haftung des Indossanten ihm Sicherheit böte? Eine grosse Zahl von Garanten ist doch zweifellos ein Umstand, der die Brauchbarkeit des Papieres im Verkehr erhöht. Wenn jemand weiss, dass so und so viele Schuldner für die eine Forderung haften, wird er um so lieber das Papier in Zahlung nehmen. Jeder Wechselgläubiger ist Gläubiger zu eigenem Rechte: eine weitere Forderung des Umlaufes. Er ist nicht Cessionar seines Indossanten; die Einreden die gegen jenen zustanden, sind darum noch nicht gegen den Indossatar zulässig. Durch die Gültigkeit des Blanko-Indossamentes erfährt die Cirkulationsfähigkeit des Order-Papieres ihre höchste Steigerung. Dadurch, dass jeder Inhaber das Blanko-Indossament ausfüllen kann, ist es möglich, dass durch blossen Besitzerwerb die Aktiv-Legitimation erworben wird, ein Umstand, der das Papier an Leichtigkeit des Umlaufes dem Inhaber-Papier fast gleichstellt. (cf. Kuntze: Inh.-Pap. S. 441 fg.)

Auf dem Gebiete des bürgerlichen sowohl als auch besonders des kaufmännischen Verkehrs herrscht der Wechsel, das Order-Papier. Dasselbe ist Kreditpapier. Der Kaufmann, der eine Zahlung machen muss, stellt an Stelle derselben einen Wechsel aus. Schwierige und kostspielige Baarsendungen werden so vermieden, der Wechsel cirkulirt statt des Geldes. Der Wechsel dient selbst auch als Waare, er wird zum Gegenstand von Handelsgeschäften gemacht.

§ 27.

Was nun endlich die Final-Funktion anlangt, so gilt gemeinsam für Inhaber- und Order-Papiere: Die Urkunde hat für den Untergang der Obligation die Bedeutung, dass prinzipiell, da ja die Forderung an das Papier geknüpft ist, jener mit dem Untergang des Papieres zusammenfällt. Doch aus Billigkeitsrücksichten ist durch die Amortisation oder Kraftloserklärung ein Mittel geschaffen, durch das die Obligation auch nach Untergang des Papieres ihre Kraft behält.

C. Die notarielle Form; die Zuziehung von Zeugen.

§ 28.

Die notarielle Form ist ein Institut des italienischen Rechtes und kam mit der Rezeption nach Deutschland. Hier gewann sie im Mittelalter eine grosse Ausdehnung; geregelt wurde sie durch die Notariats-Ordnung vom Jahre 1512. Eine besondere Darstellung dieser Form wird jedoch dadurch unnötig, dass sie in den meisten Fällen mit der gerichtlichen Form gleichbedeutend ist, man kann sie als eine Unterart derselben bezeichnen. Es ist daher sehr häufig in das Belieben der Parteien gestellt, welcher von beiden Formen sie sich bedienen wollen. (cf. Gierke a. a. O. Bd. I, S. 293).

Die Vorschrift der Zuziehung von Zeugen findet sich im Gemeinen Recht als Bedingung der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes nur in Verbindung mit anderen Formvorschriften; so besonders beim Privattestament, sowohl in seiner regelmässigen Form, als auch in den privilegirten Formen. Vor Allem bedeutungsvoll ist die Zuziehung von Zeugen beim mündlichen Privat-Testament. Hier dienen die Zeugen einmal zur Solennisirung des Aktes, sodann besonders als Mittel, den letzten Willen des Testators der Erinnerung zu bewahren. Allerdings ist eine gewisse Unsicherheit mit dieser Form verbunden: Missverständnis, Vergessenheit, Tod der Zeugen sind Zufälle, die die sichere Ueberlieferung des letzten Willens sehr in Frage stellen können. Ein anderer Nachteil ist der, dass es oft schwer ist, die erforderliche Anzahl, nähmlich sieben Zeugen zu beschaffen. Dieser Umstand hat das objektive Recht dazu geführt, privilegirte Formen zu schaffen, indem für gewisse Fälle die Zahl der Zeugen eine geringere sein darf. Wenn nun trotz jener Bedenken das mündliche Privat-Testament beibehalten ist, so entspringt diese Bestimmung dem Bestreben des Rechts, den letzten Willen möglichst zu beachten und seine Erfüllung zu sichern.

D. Die Tradition.

§ 29.

Als letzte Form kommt die Tradition in Betracht. Was die Entstehung dieser Form anlangt, so führt Seitz (a. a. O.

S. 61 fg.) aus: die Tradition sei entstanden durch eine „äussere Notlage.“ Nur unter den cives Romani habe mancipation und in iure cessio als Veräusserungsvertrag gegolten. Um nun aber auch im Verkehr mit Peregrinen den Effekt des Eigentumsüberganges zu erzielen, habe man zu einem Notbehelf gegriffen, zur Tradition. Somit erscheine die Tradition als ein vom ius gentium erfundener Ausweg. Mit dem Siege des ius gentium sei jene Notlage beseitigt und ihr Produkt überflüssig geworden. Iustinian habe dieses nicht erkannt und unrichtiger Weise die Tradition beibehalten, und so erscheine sie im Gemeinen Recht als ererbtes Ueberbleibsel ohne allen Werth.

Diese Ansicht erscheint durchaus unhaltbar. Die Tradition ist eine Form, die Ihering (a. a. O. Bd. II. S. 531) als „naiv“ bezeichnet d. h. aus dem Volksleben und dem Verkehr entstanden, aus ihm herausgewachsen, ein Produkt des Gewohnheitsrechtes. Sie ist nichts Aufgezwungenes, sondern eine Schöpfung und Errungenschaft des Rechtslebens. Wäre diese Form eine aufgezwungene, so würde Iustinian dies gewiss empfunden haben und dann auch nicht gezaudert haben, sie zu beseitigen. Allein er behielt sie mit gutem Grunde bei. Mit der Rezeption fand sie in Deutschland unbedingte Anerkennung. Im älteren Gemeinen Rechte entstand der Begriff der symbolischen Tradition. Heute ist jene Anschauung überwunden, man weiss, dass die scheinbare traditio ficta eine echte Tradition ist. (cf. Exner a. a. O. S. 155 fg.)

§. 30.

In neuerer Zeit ist die Ansicht, dass die Form des Uebereignungsvertrages die Tradition sei, bestritten. Leist a. a. O. B. I. S. 35 — 48) sagt, die Tradition sei in der Natur des Rechtes begründet; sie sei „innere Notwendigkeit.“ Diese Anschauung geht zu weit. Zwar ist die Tradition die natürlichste Form der Eigenthumsübertragung, aber ist sie eine positive, d. h. vom objektiven Rechte gesetzte Form. Ebenso unhaltbar ist die Behauptung, die Willenserklärung bei der Eigentumsübertragung sei formlos, durch das Hinzutreten des that-

sächlichen Besitzverhältnisses gehe Eigentum über. Hier wird das, was begrifflich zusammengehört, auseinandergezogen, und getrennt. Denn die Tradition kommt nicht als selbstständiges Moment zur Willenserklärung hinzu, sondern sie ist die notwendige Form derselben; ein Auseinanderliegen beider Momente ist unmöglich. Häufig scheint dies der Fall zu sein, die Tradition der Willenserklärung zu folgen: In Wahrheit jedoch ist die Willenserklärung in der Tradition wiederholt und nur diese Willenserklärung bewirkt den Eigentumsübergang. Es ergiebt sich: Zur Eigentumsübertragung bedarf es der Willensübereinstimmung der Parteien und Erklärung dieser Uebereinstimmung in bestimmter Form: der Tradition. Letztere ist somit Form des Vertrages (cf. Windscheid: a. a. O. Bd. I. §. 171; Dernburg a. a. O. Bd. I. §. 211; Exner a. a. O. S. 7).

§. 31.

Aeusserst wichtig und darum zuerst zu behandeln ist die Frage: Wie verhält sich das constitutum possessorium zu dem Satze: traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur?

Vielfach ist behauptet worden, der Sinn des C. P. (C. P. = constitutum possessorium) sei der, dass durch blosse Willenserklärung Besitz und Eigentum übertragen werden könne (cf. Kohlen a. a. O. S. 6 fg; Bähr a. a. O. S. 32 fg. u. A.) Jener Satz also, dass nur durch Tradition Eigentum übertragen werden könne, sei längst durchbrochen und überwunden. Dagegen erklären zahlreiche Schriftsteller, auch beim C. P. sei eine Eigentumsübertragung nuda voluntate ausgeschlossen. (cf. bes. Exner a. a. O. S. 142 fg. und Verh. des XV. d. Jur. Tages. S. 3 fg., eod. Leonhard S. 91 fg., Meischeider a. a. O. S. 289; Randa a. a. O. S. 466). Wir halten letztere Meinung für richtig; gegen die erstere Anschauung ist zu sagen: Das C. P. ist ein Fall des Besitzerwerbs durch Stellvertreter; Voraussetzung ist, dass der Tradent den Besitz für sich aufgiebt und die Intention für den Erwerber antritt, unter dem Konsens beider. Kann diese Voraussetzung allein durch eine Willenserklärung erfüllt werden? Nein, der Besitz kann nicht durch

Worte, er kann nur durch Thatsachen erworben werden, die Worte sind höchstens Beweise der Thatsachen. Ersetzen kann die Erklärung, für den Anderen besitzen zu wollen, jene Thatsache nie; es muss die Thatsache des Besitzüberganges eintreten. Erst das thatsächliche Sich-Unterwerfen unter den Willen des Anderen überträgt jenem den Besitz. Dieses wird aber erkannt aus der causa detentionis, nicht aus der Willenserklärung allein; letztere allein ohne jene causa ist eine nichtsbeweisende „leere Formel“ (Exner a. a. O. S. 143). Es muss ein Rechtsverhältnis vorliegen, „dass wenn die Sache körperlich übergeben worden wäre, sie zurückgegeben worden sein würde (cf. Windscheid a. a. O. Bd. I. §. 155 A. 8 c., der dies jedoch nicht für Besitzverschaffung sondern nur für Eigentumsübergang verlangt). Beweisend für unsere Ansicht ist: l. 48 D. 43,1; sodann der Umstand, dass in den wenigen Quellenstellen über das C. P. stets eine causa detentionis betont wird. Die objektive Gültigkeit dieses Rechtsverhältnisses, dieser causa ist nicht erforderlich (cf. Randa a. a. O. S. 466); letztere soll ja nur das Erkennungsmittel dafür sein, wer in Wahrheit Besitzer ist. Also aus dem Vorhandensein einer causa folgt die Thatsache des Besitzüberganges; ist eine solche nicht erkennbar, so liegt kein C. P. vor. Die gegenteilige Annahme führt zu dem Satz: Eigentum kann durch blosse Willenserklärung übertragen werden. Es ergiebt sich: Das C. P. steht nicht im Widerspruch zur Traditionsvorschrift; es ist vielmehr eine Unterart der Tradition.

§ 32.

Bei der Betrachtung, welche Bedeutung die Tradition bei den Rechtsgeschäften im Gemeinen Recht hat, erhellt, dass die Bedeutung bei den Rechtsgeschäften über Mobilien eine andere ist, als bei denen über Immobilien. Eine getrennte Behandlung erscheint daher geboten; wir beginnen mit ersteren.

Schon einmal wurde erwähnt, dass die Tradition eine Form sei, die Ihering (a. a. O II. S. 531) als „naiv“ bezeichnete. Diese Eigentümlichkeit sei hier besonders betont. Denn je natürlicher, je selbstverständlicher die Form erscheint, desto höher steigt ihr praktischer Nutzen und Wert. Die Aufgabe des objektiven

Rechtes, Formen zu schaffen, die sich der Natur und dem Begriff des Geschäftes eng anschmiegen und genau anpassen, erscheint hier aufs Beste gelöst.

Wir haben ausgeführt (im § 8), dass die Form dem Menschen ein Wecker des Bewusstseins sei. Dieser Vorteil kommt bei der Tradition wenig zur Geltung. Denn sehr häufig, ja in der Regel ist die Tradition die Erfüllung eines obligatorischen Vertrages. Da kann von einem Schutz vor Uebereilungen nicht die Rede sein, da die Obligation schon bindet. Nur da, wo der Tradition kein obligatorischer Vertrag vorausgegangen ist, käme dieser Umstand in Frage. Hier hat er immerhin Bedeutung, denn wenn die Tradition auch keine Zeit zur Ueberlegung schafft, so bringt die Notwendigkeit der sofortigen Besitzübergabe für das Individuum doch leicht eine heilsame Mahnung mit sich. (Herzfeld a. a. O. S. 47).

Umsomehr kommt ein anderer Verzug der Form zur Geltung. Die Tradition ist das Kennzeichen des dinglichen Vertrages, das Unterscheidungemerkmal vom obligatorischen Vertrage, (cf. Exner a. a. O. S. 307; Warnkönig a. a. O. S. 124). Letzterer erzeugt die Verpflichtung zu einer Leistung, der dingliche Vertrag besteht nicht in einer Verpflichtung, sondern in einer Leistung, einem Geben.

Dieser Inhalt des dinglichen Vertrages wird aber durch die Traditionsform geoffenbart, daher ist sie das Unterscheidungsmerkmal von der Obligation. Die Tradition beweist, dass der vorige Eigentümer nicht blos hat veräussern wollen, sondern wirklich veräussert hat. Die Vereinbarungen der Parteien sind oft unklar; es ist nicht zu erkennen, ob sie eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, also eine Obligation, oder die Eigentumsübertragung selbst wollten. Die Tradition schneidet jeden Zweifel hierüber ab.

Sehr häufig dient die Tradition der Sicherheit des Veräusserers. Ginge das Eigentum durch blossen Vertrag über, und der Erwerber veräusserte den Gegenstand, ohne bezahlt zu haben, an einen Dritten, so könnte dieser vom ersten Verkäufer die Sache vindiziren und letzterer wäre seinem Käufer gegenüber des Rententionsrechtes beraubt. Die Eigentumsüber-

tragung durch Tradition verlangt dagegen zu ihrer Wirksamkeit Zahlung (oder Kreditirung) des Kaufpreises. (cf. Enneccerus a. a. O. S. 49 u. 50.)

Im Interesse Dritter erscheint, wenn auch nicht als wichtigstes Moment, so doch erwähnenswerth die Publicität, als Folge der Tradition. Exner (a. a. O. S. 307 No. 61) spricht diesem Momente jeden Wert ab, solange der Dritte die causa der Tradition nicht kenne, sei ihm die Bedeutung der letztern absolut verborgen. Wenn die Wahrheit dieser Worte auch nicht zu leugnen ist, so ist doch ebenso gewiss, dass in manchen Fällen die Tradition dennoch eine gewisse Publicität des Eigentumsüberganges erzeugt.

Aber die Tradition bietet noch mehr. Sie gewährt auch Dritten Schutz vor Täuschung und Betrug. Besonders den Gläubigern eines vom Konkurs bedrohten Schuldners kommt dieser Vorteil zu Gute. Wäre die Tradition für den Eigentumsübergang nicht erforderlich, so könnten Dritte auf Grund eines simulirten Veräusserungsvertrages den Gläubigern die Sachen des Schuldners entziehen; die Traditionsvorschrift erschwert eine solche Täuschung.

§ 33.

Als Nachteil der Tradition ist zuerst der Umstand zu nennen, dass sie unter gewissen Verhältnissen die Beweglichkeit des Verkehrs hemmen kann. Es ist nicht zu leugnen, dass es Fälle gibt, wo sie als lästiger Zwang erscheint. Besonders auf dem Gebiet des Handelsverkehres wird diese Unbequemlichkeit leicht empfunden. Der beste Beweis hierfür liegt in dem Umstande, dass der Verkehr auch unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes Mittel gefunden hat, die ihm die Verfügung über gekaufte Sachen ermöglichen, auch ohne dass die Tradition derselben stattgefunden hätte; so z. B. das Konossement.

Man könnte auch sagen, das Entstehen des constitutum possessorium sei ein Beweis der Unerträglichkeit der Tradition. Allein wir haben bereits nachzuweisen versucht, dass jenes nur eine Art der Tradition ist und keine Ausnahme.

Weitere wirkliche Nachteile der Traditionsform dürften sich schwerlich nachweisen lassen und so erscheint die Tradition als ein Institut des Gemeinen Rechtes, das seine vollste Berechtigung hat; sie ist nicht ein veraltetes Ueberbleibsel, sondern ein unentbehrliches Bedürfnis des Rechtes.

§ 34.

Auch bei Immobilien ist nach Gemeinem Rechte die Tradition die Form der Eigentumsübertragung. So gross jedoch die Bedeutung der Tradition als Form des Veräusserungsvertrages bei Mobilien ist, so gering ist sie hier. Das unbedingte Erfordernis eines sicheren Immobiliarverkehrs ist die Publicität; Diese wird aber durch die Tradition durchaus nicht in genügender Weise garantirt. Diese Thatsache hat die partikulare Gesetzgebung allgemein dazu geführt, eine andere, zweckmässigere Form an die Stelle der Tradition zu setzen, nämlich die Auflassung. Und so ist zu sagen; Die Tradition als Form des Veräusserungsvertrags bei Immobilien kommt im Gemeinen Recht nur der Theorie nach in Betracht; einen praktischen Wert hat sie nicht, weil sie partikularrechtlich überall durch andere Formen, insbesondere die Auflassung ersetzt ist. (cf. Stobbe in Iher. Jahrb. Bd. XII. S. 211 flg.)

Wegen seiner Wichtigkeit und Bedeutung erscheint es angezeigt, das Institut der Auflassung, obwohl das Gemeine Recht dasselbe nicht kennt, kurz zu erörtern; besonders auch die grosse Verbreitung desselben rechtfertigt seine Erwähnung.

§ 35.

Die Verschiedenheit der einzelnen partikularen Bestimmungen macht eine erschöpfende Darstellung unmöglich. Wir beschränken uns hauptsächlich darauf die das grösste Gebiet beherrschenden Bestimmungen kurz auszuführen, nämlich die preussischen.

Die Auflassung besteht in der Erklärung des im Grundbuche eingetragenen Eigentümers vor dem Richter, sein Eigentum auf den Anderen übertragen zu wollen und in der anschliessenden Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch. Die Auflassung ist also eine gerichtliche Form.

Die Sicherheit des Immobiliar-Verkehrs ist der Grundzweck des ganzen Institutes der Auflassung. Die durch die Notwendigkeit der Eintragung erzeugte Publicität des Eigentums ist die beste Garantie für jene Sicherheit. Die Bedeutung der Auflassung zeigt sich in Folgendem: Nur derjenige, der als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist, wird als solcher anerkannt und zwar unter allen Umständen. Welch' ein Gewinn hierin liegt, ist einleuchtend. Es ist für Jedermann ein Mittel gegeben, sich von den thatsächlichen Eigentumsverhältnissen zu überzeugen, — jeder Interessent hat nämlich Anspruch auf Einsicht in das Grundbuch, — jeder kann sich also vor Täuschung schützen. Findet er Jemanden im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so darf er ohne alle Gefahr mit ihm kontrahiren. Denn der Eigentumsübergang ist abstrakt d. h. durch die Auflassung geht Eigentum über, völlig unabhängig von dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte. Somit ist derjenige, der sich auf das Grundbuch verlässt, vor allem Schaden geschützt. Ein weiterer Gewinn für die Publicität liegt darin, dass Ersitzung des Eigentums am Grundstück gegenüber dem eingetragenen Eigentümer ausgeschlossen ist.

Das früher herrschende Legalitäts-Princip ist jetzt durch das Konsens-Princip meist verdrängt, d. h. statt der materiellen Gültigkeit des zu Grunde liegenden Geschäfts hat der Richter nur noch die formelle Gültigkeit zu prüfen. Ohne, wie jenes, eine unberechtigte Bevormundung der Parteien zu enthalten dient letzteres Princip dennoch den Interessen der Parteien, es schützt sie vor Formfehlern.

Andrerseits ist der infolge eines Delikts oder Irrtums fälschlich Eingetragene trotz seiner mala fides Eigentümer (cf. Stobbes Deutsch. P. R. Bd. II, S. 181; and. Ansicht Dernburg: Privatrecht I, S. 518). Dies ist eine Konsequenz der Einheitlichkeit des Eigentums, der Eingetragene ist Eigentümer. Natürlich kann der Verletzte auf Löschung klagen, allein die Sicherheit Dritter verlangt, dass die von ihnen inzwischen im guten Glauben erworbenen Rechte auch nach durchgesetzter Löschung als rechtmässig anerkannt werden.

Als Nachteil dieser Form könnte erwähnt werden, dass auch nach neuestem Recht Duplicität des Eigentums möglich sei, im Fall des Eigentumsübergangs durch Beerbung vorausgesetzt nämlich, dass kraft Succession, Eigentum schon ohne Eintragung übergeht. Jene Duplicität kann dann nämlich entstehen, wenn der Richter den vermeintlichen, nicht den wahren Erben einträgt. Allein in diesem Falle wird der Eingetragene echter Eigentümer, und der wahre Erbe hört auf, Eigentümer zu sein. (cf. Stobbe: Iher. Jahrb. a. a. O. S. 270). Anderer Ansicht ist Beseler a. a. O. § 91. II, der durch Erbschaft nicht Eigentum, sondern nur den „Rechtstitel" zur Eintragung gewähren will. Damit ist jene Duplicität von Anfang an ausgeschlossen.

Wenn nicht erschöpfend, so glauben wir doch die wichtigsten Eigenschaften der Auflassung betont zu haben, genug, um ihren hohen Wert zu würdigen.

III. Abschnitt.

Die von den Parteien vereinbarte Form.

§ 36.

Ueberall da, wo vom Gesetz keine Form vorgeschrieben ist, das Rechtsgeschäft also ein formfreies ist, kann durch Parteivereinbarung eine bestimmte Form festgesetzt werden, und zwar kann der so vereinbarten Form, entsprechend dem Parteiwillen, eine verschiedene Bedeutung beigelegt sein.

Erstens kann der Form die Bedeutung gegeben sein, dass von ihrer Einhaltung die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes abhängen soll, so dass vor Erfüllung der Form keine Partei gebunden sein soll. Ist dies der Fall, dann sind alle vorausgehenden Vereinbarungen und Punktationen unverbindlich; es steht jeder Partei frei, bis zur Erfüllung der Form von dem beabsichtigten Vertrage wieder abzustehen (cf. Windscheid a. a. O. II, § 312).

Sodann kann die Vereinbarung einer Form den Zweck haben, ein Beweismittel für den Abschluss des Vertrages zu beschaffen. Hier ist klar, dass auch schon vor Erfüllung der

Form eine Gebundenheit der Parteien vorliegt. Die vorausgehende Einigung ist vollkommen rechtsgültig; jede Partei ist zur Klage auf Vollziehung der Form berechtigt; jede Partei ist aber, auch wenn die Form nicht eingehalten wird, zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet. (cf. Motive Bd. I, S. 181).

§. 37.

Es kann nun aber streitig sein, in welchem Sinn die Form vereinbart wurde, ob sie Bedingung der Gültigkeit des Geschäftes, oder ob sie nur ein Beweismittel sein sollte. Für diesen Zweifelfall giebt eine Auslegungsregel an die l. 17 C. 4. 21; sie besagt: Wenn ein Vertrag unter der Vereinbarung abgeschlossen wird, dass eine schriftliche Urkunde darüber errichtet werden soll, so soll keine Partei gebunden sein vor Vollziehung jener Form. Der Sinn dieser Bestimmung ist bestritten. Die Einen (so Keller a. a. O. §. 221 c.) erklären dieselbe dahin, dass in allen Fällen, wo die schriftliche Form verabredet wurde, keine Partei vor deren Erfüllung gebunden sei; was die Parteien beabsichtigt, sei gleichgültig. Dies ist zu verwerfen, denn wenn die Parteiabsicht erweislich ist, so hat sie auch zu gelten (Arnds a. a. O. §. 232 A. 3). Richtiger Ansicht nach ist zu unterscheiden, ob die Form vor perfektem oder nach perfektem Vertrage verabredet ist. Nur für den ersten Fall gilt die l. 17 C. 4, 21; besonders aus den Worten: „quas in scriptis fieri placuit“ geht dies hervor (cf. Thöl a. a. O. Bd. I. S. 381; Sintenis a. a. O. Bd II. §. 96 A. 7). Ist also die Form vor perfektem Vertrage verabredet, so soll im Zweifel keine Partei vor Erfüllung der Form gebunden sein. Ist hingegen die Formvereinbarung nach perfektem Vertrag erfolgt, so ist anzunehmen, sie sei in dem Sinne erfolgt, dass die Form nur Beweismittel sein solle (cf. Thöl a. a. O. Bd. I. §. 60 a. Ende). Denn wollte man auch hier den freien Rücktritt gestatten, so bliebe der Parteiwille wiederum unbeachtet; eine einseitige Rückgängigmachung des Vertrags scheint aber nicht berechtigt.

Schluss.

Im Gemeinen Recht herrscht das Prinzip der Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte. Dennoch finden sich in demselben, wie in vorstehender Abhandlung gezeigt worden ist, mancherlei Formen. Hierin scheint ein Widerspruch zu liegen; in Wahrheit ist aber beides wohl vereinbar, und zwar deshalb, weil gewisse Formen mit dem vom Prinzip der Formlosigkeit erstrebten Ziele der Freiheit des Willens durchaus nicht im Wiederspruche stehen; eine Thatsache, die Ihering (a. a. O. S. 471 fg.) besonders anerkannt und betont hat; er sagt: „Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit.“ Der freie Wille soll auf dem Gebiet des Privatrechtes herrschen, dies ist ein berechtigtes, aber dem Bestehen gewisser Formen nicht widersprechendes Prinzip. Diese Einsicht und Erkenntnis zeigt sich in der Gesetzgebung aller Länder, wohin man blicken mag, noch nirgends ist der Form aller Wert abgesprochen, noch nirgends ist sie völlig beseitigt worden.

Litteratur-Angabe.

1) Albrecht: In den Verhandlungen des X. Deutschen Juristentages. Bd. II. S. 36—42. 1878.
2) Arndts: Pandekten (2. Auflage).
3) Bähr: Zur Besitzlehre in Ihering's Jahrbüchern. Bd. 26.
4) Baron: Pandekten (8. Auflage).
5) Bechmann: Der Kauf.
6) Beseler: Deutsches Privatrecht.
7) Bremer: Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen in Ihering's Jahrbüchern. Bd. 13.
8) Brunner: Wertpapiere in Endemann's Handbuch des Deutschen Handelsrechtes.
9) Bruns: Das heutige Römische Recht in v. Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft.
10) Degenkolb: Der Vorvertrag.
11) Dernburg: Pandekten (4. Auflage).
12) Dove: In den Verhandlungen des XXII. Deutschen Juristentages. S. 326—347.
13) Enneccerus: In den Verh. d. XIV. Deutschen Juristentages. Bd. II, Heft II.
14) Exner: In den Verh. des XV. Deutschen Juristentages. S. 3—13.
15) Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition.
16) Feistmantel: In den Verh. des X. Deutschen Juristentages. Bd. I.
17) Franken: Deutsches Privatrecht.
18) Gareis: Das Deutsche Handelsrecht (4. Auflage).
19) Gierke: Deutsches Privatrecht in Binding's Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft II. 3.
20) Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29.
21) Ihering: Geist des römischen Rechtes (2. Auflage).

22) Glück: Pandekten. Bd. 34 u. Bd. 38 (2. Auflage).
23) Keller: do. (2. Auflage).
24) Kohler: Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht.
25) Kuntze: Deutsches Wechselrecht.
26) Kuntze: Die Lehre von den Inhaber-Papieren.
27) Leist: Civilistische Studien.
28) Leonhard: In den Verh. des XV. Deutschen Juristentages. S. 91—111.
29) Marezoll: Ueber die Insinuation bei der Schenkung (Giessener Zeitschrift Bd. I).
30) Meischeider: Besitz und Besitzschutz.
31) Meyer: Die Schrift in ihrer Bedeutung nach preussischem Rechte.
32) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.
33) Randa: Der Besitz.
34) Savigny: System des heutigen römischen Rechtes.
35) Savigny: Das Obligationenrecht.
36) Seitz: In den Verh. des XIV. Deutschen Juristentages. Bd. I, Heft II.
37) Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts.
38) Stobbe: Die Auflassung des deutschen Rechtes in Ihering's Jahrb. Bd. XII.
39) Thöl: Das Handelsrecht (6. Auflage).
40) v. Völderndorff: Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und den positiven Rechten.
41) Warnkönig: Ueber den Begriff der iusta bei der Tradition im Archir für civ. Praxis. Bd. VI.
42) Windscheid: Pandekten (6. Auflage).
43) Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft.
44) Sintenis: Civilrecht (3. Auflage).
45) Herzfeld: In den Verh. des XIV. Deutschen Juristentag Bd. II, Heft II.